

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por doña I.F., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A.U., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles (HUM), de fecha 26 de junio de 2018, por la que se adjudica el lote 4 del expediente de contratación del suministro “Material para cirugía abierta y suturas mecánicas”, número de expediente A/SUM-004251/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8, 10, 15 y 16 de marzo de 2018 se publicó en el DOUE, en el BOCM, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOE, respectivamente, el anuncio de licitación del contrato mencionado, para su adjudicación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en 8 lotes, pudiendo licitar a uno, a varios o a todos los lotes. El valor estimado del contrato asciende a 519.739,50 euros, y el plazo de ejecución es de 12 meses, prorrogable hasta un máximo de 24 meses.

El lote 4 “Endograpadoras cortadoras lineales rectas y articuladas” comprende 15 números de orden y su valor estimado es 149.244,00 euros.

Segundo.- A la licitación del referido lote presentaron oferta dos empresas, una de ellas la recurrente.

Interesa señalar a efectos de la resolución del recurso que en cuanto a los requisitos mínimos para los números de orden 15 y 16 del lote 4 son los siguientes:

Lote	Nº Orden	Nombre artículo	Descripción técnica	Cantidad
4	15	CARGA ENDOCORTADORA GRAPADORA QUIRURGICA CORTE 30 MM N/ARTICULADA GRAPA TITARNIO 2 MM	Carga recta para grapadora cortadora lineal de un solo uso de 30 mm. Altura de grapas de 2 mm. No articulada	18
4	16	CARGA ENDOCORTADORA GRAPADORA QUIRURGICA CORTE 30-35 MM N/ARTICULADA GRAPA TITANIO 2,5 MM	Carga recta para grapadora cortadora lineal de un solo uso de 30-35 mm. Altura de grapas de 2,5 mm. No articulada	5

Tras la tramitación correspondiente, mediante Resolución del Director de gestión del HUM de fecha 25 de junio de 2018, se adjudica el lote 4 del contrato a MBA Incorporado, S.L. (MBA), notificándose a los interesados y publicándose en el Perfil de contratante el 26 de junio.

El 10 de julio de 2017 Medtronic, previa solicitud de acceso al expediente, toma vista del mismo.

Tercero.- El 16 de julio de 2018, tuvo entrada en el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Medtronic en el que alega que las cargas ofertadas por MBA en la posición 15 del lote 4 no cumplen las exigencias técnicas mínimas y solicita que se declare la nulidad de la Resolución de adjudicación ordenando la exclusión de MBA por no

cumplir las exigencias mínimas del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT) y se adjudique el lote 4 a Medtronic, única licitadora que ha superado el umbral técnico requerido en esta licitación.

El 23 de julio de 2017, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 la Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso, por la razones que se expondrán al analizar el fondo del asunto.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida automáticamente por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, habiéndose adoptado por este Tribunal Acuerdo de mantenimiento de la suspensión automática del lote 4 “Endograpadoras cortadoras lineales rectas y articuladas” del referido contrato de suministro de “Material para cirugía abierta y suturas mecánicas” el 5 de septiembre de 2018, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que los restantes lotes se vean afectados por la suspensión en aplicación del citado artículo 53 de la LCSP y del 21.3 del RPERMC.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que transcurrido el plazo se haya recibido ninguna.

Sexto.- Por Resolución 9/2018, de 30 de julio, de la Presidenta del Tribunal

Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se prevé la suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2018, sin perjuicio de la posibilidad de resolver de forma extraordinaria en los casos de urgencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

El expediente de contratación se rige por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP por haberse dictado la adjudicación del contrato, acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 25 de junio, practicada la notificación el día 26 de junio e interpuesto el recurso el 16 de julio de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En el recurso se alega que las cargas ofertadas por MBA para la posición 15 del lote 4 no cumplen las exigencias técnicas mínimas previstas en el PPT: carga recta, de un solo uso, de 30 mm, con una altura de 2 mm.

Sostiene Medtronic que la adjudicataria ha ofertado la misma carga con referencia L30W, para dos posiciones 15 y 16 cuando la altura de grapas solicitadas es distinta en cada caso, 2 mm y 2,5 mm, respectivamente. Por tanto si cumple la altura en uno de los casos, necesariamente incumple en el otro.

Siendo obligatorio licitar a lotes completos, el incumplimiento en un número de orden supone la exclusión de todo el lote y cita la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía número 163/2016, de fecha 6 de julio.

Opone el órgano de contratación que precisamente en la fase de valoración se solicitó a la empresa MBA aclaraciones por no quedar claro si podía ofertar todos los números de orden del lote 4, la cual respondió que sí disponía de todos, por lo que se admitió la oferta ya que los técnicos no consideraron que esta no cubriera las necesidades quirúrgicas requeridas.

Explica que al establecer todas las medidas incluidas en el catálogo de

posiciones del lote, la intención era dar cobertura a todas las posibles en el mercado, independientemente de que en algunos casos su uso es excepcional pero en ningún momento se pretendió que dicho requisito supusiera un límite al mercado y a la concurrencia de las empresas del sector.

Expone que en la posición número 15 el consumo en el último año ha sido de 12 unidades y se han licitado 18 unidades, que supone un importe de 2.134,50 euros (IVA incluido) sobre un total del lote de 180.585,24 euros (el 1,18 % en el total del lote). Considera por ello el órgano de contratación que no tiene razón de ser el excluir de un lote entero a ningún licitador cuando representa un porcentaje tan escaso, por el contrario, *“hacerlo no supondría ningún plus de beneficio a nuestras necesidades asistenciales y, sin embargo sí supondría hacer reconocimiento de una exclusividad no conocida ni deseada por este órgano de contratación, en cuyo ideario -siguiendo los principios básicos de la Ley de Contratos- está abogar por la libre concurrencia e igualdad de trato a las empresas”*.

Además añade que el aceptar los requerimientos de la recurrente supondrá un quebranto económico a los intereses públicos, ya que la oferta para este lote de la adjudicataria (MBA) es un 26,25 % más baja que la de la recurrente, suponiendo un incremento de gasto en ese lote de 46.433,75 euros, poniendo en valor una partida de 2.134,25 euros cuya utilización será puntual y escasa.

Como es sabido, los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone,

por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los Pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la TRLCSP, y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

La presentación de una oferta, según el artículo 145 del TRLCSP supone la aceptación incondicional del clausulado de los Pliegos. El incumplimiento de las condiciones técnicas de participación supone la presentación de una oferta alternativa a lo requerido por el órgano de contratación para satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. La sanción que se aplica al

licitador que presente una oferta no ajustada a las prescripciones técnicas, es la exclusión de su oferta.

Procede, por tanto, analizar cada una de las especificaciones y el incumplimiento alegado por el recurrente así como lo manifestado por el órgano de contratación en su informe.

De acuerdo con el PPT no cabe duda que los suministros requeridos *-carga recta para grapadora cortadora lineal de un solo uso-* para cada número de orden son distintos, a saber: 18 unidades, con 30 mm y altura de 2 mm en el número de orden 15 y 5 unidades, con 30-35 mm y altura de 2.5 mm de altura, en el 16.

El órgano de contratación reconoce que se admitió la oferta no porque cumpla los requisitos exigidos en cada caso sino porque al definir las características de las grapas la intención era tan solo en previsión de una posible necesidad pero que tal medida no es esencial, como pretende demostrar con su escaso uso, por lo que las necesidades del órgano están cubiertas.

Comprueba el Tribunal que el suministro principal en el lote 4 son las ENDOGRAPADORAS CORTADORAS LINEALES RECTAS Y ARTICULADAS y para cada una de ellas se solicitan las grapas que el órgano de contratación ha establecido como necesarias para su uso, en función de los tamaños y consumos estimados. Así el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en el apartado 8.2 de la cláusula 1 al valorar la oferta técnica, exige en el criterio de calidad del lote:

1. Triple altura de grapa, 15 puntos (si tiene 15 puntos; si no tiene 0 puntos).
2. Instrumento universal para cargas rectas, articuladas, radial, de diferentes longitudes y diferentes alturas de pata de grapa, 15 puntos (tiene 15 puntos; no tiene 0 puntos).

Según el informe técnico de 10 de mayo de 2018, de valoración de las muestras de las dos licitadoras cumplen para todos los números de órdenes del lote 4 y ambas han obtenido la máxima puntuación (30 puntos) en la valoración de la oferta técnica.

Por otra parte, constata que la adjudicataria ha ofertado la misma referencia comercial L30W, (equivalente L45W para los números de orden 15 y 16 de dicho lote).

Dado que la documentación administrativa presentada solo se refiere al suministro principal y la entrega de muestras no fue completa con los suministros exigidos en todos los órdenes, el órgano de contratación requirió aclaraciones a MBA que contestó el 4 de mayo de 2018 confirmando se había presentado *“al lote completo, (incluidas las ordenes que indican 15, 16, 17 y 20), solo que no hemos podido presentar muestras de dichas órdenes. De todas formas para su valoración les indicamos la siguiente información:*

Lote	Orden	Referencia Ofertada	Referencia Equivalente	Comentarios
4	15	L30W	L45W	Ambas referencias tienen características técnicas similares solo difiere la longitud de las mismas.
	16	L30W	L45W	Ambas referencias tienen características técnicas similares solo difiere la longitud de las mismas.
	17	L30B	L45B	Ambas referencias tienen características técnicas similares solo difiere la longitud de las mismas.
	20	L60W	L45W	Ambas referencias tienen características técnicas similares solo difiere la longitud de las mismas.

Tras resultar propuesta adjudicataria, se volvió a requerir para el *“orden 16, 1 unidad para completar el envase suministrado”*.

En este caso el PPT establece unas medidas exactas para la altura de las grapas de cada número de orden, con diferencias milimétricas. Por tanto si las grapas ofertadas son las mismas en dos números de orden no cabe concluir más que si la altura es de 2 mm, la misma grapa no puede medir 2,5 mm, si bien la diferencia es casi imperceptible, supone el incumplimiento del Pliego, y como se ha advertido previamente los Pliegos conforman la ley del contrato y vinculan no solo a los licitadores sino también a los órganos de contratación en sus propios términos, por lo que no cabe obviar el requisito exigido.

Además habiendo reconocido el órgano de contratación, de facto, el incumplimiento de esta exigencia del PPT, procede estimar el recurso por este motivo lo que supone la anulación de la adjudicación recaída y la retroacción de las actuaciones al momento previo para que la Mesa realice nueva propuesta de adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña I. F., en nombre y representación de Medtronic Ibérica, S.A.U., contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Móstoles, de fecha 26 de junio de 2018, por la que se adjudica el lote 4 del expediente de contratación del suministro “Material para cirugía abierta y suturas mecánicas”, número de

expediente A/SUM-004251/2018, anulando la Resolución de adjudicación y ordenando la retroacción del expediente para acordar la exclusión de MBA por incumplir el requisito de altura de las grapas en el lote 4 tal y como es exigido en el PPT y adjudicar a la oferta que cumpliendo los requisitos haya resultado económicamente más ventajosa.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada el 5 de septiembre de 2018.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.